



Ius et Praxis
ISSN: 0717-2877
ISSN: 0718-0012
Legal Publishing Chile

Apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución

Núñez Donald, Constanza

Apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución

Ius et Praxis, vol. 24, núm. 3, 2018

Legal Publishing Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19758439011>

Apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución

Constitutional opening to the International Human Rights Law in a new Constitution

Constanza Núñez Donald ¹ cnunez@derecho.uchile.cl
Universidad de Chile, Chile

Ius et Praxis, vol. 24, núm. 3, 2018

Legal Publishing Chile

Recepción: 27 Febrero 2017

Aprobación: 29 Septiembre 2018

CC BY

Resumen: El artículo presenta una propuesta respecto a cual debería ser la cláusula de apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en una nueva Constitución en Chile. Para realizar esta propuesta, la autora se refiere al contexto actual de la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno, analizando los diferentes modelos de apertura constitucional y evidenciando los problemas que en esta materia presenta la Constitución chilena de 1980 (artículo 5° de la Constitución Política). Se analizan específicamente las experiencias mexicana y española, presentando argumentos para sostener que la cláusula de interpretación conforme de estas Constituciones, así como la incorporación explícita del principio pro persona, son una forma adecuada de resolver la complejidad de la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno chileno.

Palabras clave: Interpretación conforme, pro persona, nueva constitución.

Abstract: The article presents a proposal for a constitutional opening clause to the International Human Rights Law in a new Constitution. In order to make this proposal, the author refers to the current context of the relationship between International Human Rights Law and the domestic law, analyzing the different models of constitutional opening and highlighting the problems presented in this matter by the 1980 Chilean Constitution (Article 5). The Mexican and Spanish experiences are analyzed specifically, presenting arguments to maintain that the clause of conforming interpretation of these Constitutions, as well as the explicit incorporation of the pro person principle, are an adequate way of solving the complexity of the relation between the International Human Rights law and Chilean domestic law.

Key words: Conforming interpretation, pro person principle, new constitution.

1. Introducción

El presente estudio se enmarca en el contexto de la coyuntura constituyente en la que se encuentra Chile, caracterizada por el inicio de un debate nacional en torno a la necesidad de una nueva Constitución. Este debate, que ha estado definido en su gran mayoría por su perspectiva metodológica (cuál debe ser el mecanismo de reforma o creación de una nueva Constitución), requiere también de la aportación de insumos sustantivos para la profundización de las respuestas a las preguntas fundamentales que debe abordar una coyuntura constitucional. Una de las preguntas que ha estado relativamente ausente¹ en el debate, es cuál será el modelo que se establecerá para la apertura constitucional al

Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH). La pregunta no es baladí y es fundamental para la definición no sólo de las relaciones entre ambos sistemas, sino también para definir cuál será el catálogo de derechos consagrados en una nueva Constitución y sus respectivas garantías. Cabe aclarar que en atención al gran número de preguntas que surgen en relación a este aspecto, este trabajo abordará únicamente cómo debe ser tratada la coordinación entre ambos sistemas (desde una perspectiva sustantiva), no refiriéndome a la forma en que los tratados de derechos humanos adquieren validez en el derecho interno (perspectiva formal)².

En este sentido, el trabajo que se presenta a continuación tiene por objetivo aportar insumos para construir una propuesta acerca de cuál debería ser el modelo de articulación entre el DIDH y el derecho interno en una nueva Constitución. Para ello, en primer lugar, se abordará el contexto actual de las relaciones entre el DIDH y el derecho interno, resaltando sus principales características (esto permitirá delimitar el ámbito de la discusión). Luego, se explicará cuál ha sido el modelo de recepción del DIDH en la Constitución actual, abordando las principales problemáticas de la cláusula (esto permitirá argumentar la necesidad de un cambio a la cláusula actual). En tercer lugar, se abordarán los diferentes modelos teóricos de recepción del DIDH (con el objetivo de identificar cuáles son las alternativas que tiene el constituyente chileno para tomar una decisión), ejemplificando específicamente el modelo de interpretación conforme a través del estudio de los casos mexicano y español. Finalmente, se explicarán las razones por las cuales se considera que el modelo de interpretación conforme es el que debería ser asumido por una nueva Constitución en Chile, planteando los desafíos que supone un esquema constitucional como el propuesto.

2. Contexto: las relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno³ y los modelos de apertura constitucional

Uno de los fenómenos más relevantes de los últimos 30 años en materia de derechos humanos ha sido la convergencia de dos sistemas normativos que consagran normas y mecanismos de garantía para el pleno goce y ejercicio de los derechos: el DIDH y los sistemas nacionales⁴. Dicho proceso de convergencia se basa en una efectiva coordinación entre los mecanismos de protección asociados a cada sistema normativo, de forma tal que cada uno cumpla aporte en la consecución de un objetivo común: la efectiva protección de los derechos humanos⁵. En ese sentido, una de las preguntas más relevantes que se da en este contexto es cómo se produce el proceso de interacción entre ambos sistemas.

Una de las visiones tradicionales respecto a la relación existente entre derecho internacional y derecho constitucional, ha sido entender al sistema internacional como subsidiario del nacional⁶. En este sentido, se ha considerado comúnmente que el derecho internacional debe aplicarse

sólo cuando el sistema interno no ha dado respuesta ante determinadas violaciones de derechos fundamentales. El sistema internacional actuaría sólo cuando los mecanismos internos de los Estados han fallado⁷. Así, resulta sumamente común que los órganos internacionales, para conocer de un caso ocurrido en un país, exijan el previo agotamiento de los recursos internos⁸. Sin embargo, el principio de subsidiariedad se emplea tan sólo en algunos ámbitos de la relación existente entre el derecho internacional y los ordenamientos internos -principalmente en temas de orden jurisdiccional-; por lo que no resulta factible aplicar esta visión a la totalidad de las materias a las cuales está sujeta esta relación entre sistemas, como, por ejemplo, a la labor de codificación y promoción que realiza el DIDH. Entendiendo lo anterior, resulta inadecuado abordar la generalidad de la relación entre los sistemas constitucional e internacional sólo desde esta perspectiva⁹.

Considerando la incapacidad de la tesis de la subsidiariedad de dar una respuesta satisfactoria a la relación entre la protección nacional y la internacional de los derechos humanos, se ha planteado que la relación existente entre los sistemas constitucional e internacional debe ser entendida como de carácter complementaria¹⁰. De acuerdo con esta concepción, las normas de derechos humanos pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución. Esta perspectiva considera que las normas del ordenamiento interno y del internacional, tienen un sentido y alcance que deben articularse en un sistema en donde ninguna anule a la otra, ni estén en pugna, sino que deben aplicarse de tal modo que se alcance una congruencia armonizante. Al concebir la relación entre derecho interno y sistema internacional como una forma de complementar contenidos y protección, el sistema internacional no sólo cumple el rol de suplir los vacíos que deja la inactividad en el ámbito interno de un Estado, sino que también, se erige como una fuente directa a aplicar en el resguardo de los derechos humanos¹¹.

Sin embargo, en el último tiempo la doctrina constitucional ha destacado que la relación es más compleja y ya no son sólo los ordenamientos jurídicos nacionales los que se enriquecen con los aportes del DIDH, sino también es el DIDH el que incorpora para la interpretación de ciertos derechos o para la generación de nuevos catálogos de derechos humanos, el desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados. Es decir, se ha avanzado hacia una relación de retroalimentación de ambos sistemas¹². Nos encontraríamos, como destaca Caballero Ochoa, frente a una “intercomunicación en doble vía”¹³.

Esta correlación entre los ordenamientos normativos nacional e internacional, ha sido destacada como parte del proceso de “internacionalización” del derecho constitucional y como una “constitucionalización” del DIDH¹⁴. La internacionalización del derecho constitucional de los derechos humanos correspondería a aquel proceso que se inicia progresivamente tras la segunda guerra mundial y mediante el

cual se crean catálogos de derechos humanos y organismos de protección internacional que buscan fortalecer y colaborar con las jurisdicciones nacionales en su labor de promoción y protección de los derechos fundamentales. La constitucionalización del DIDH, por su parte, se relaciona con la progresiva aplicabilidad del DIDH en el ámbito interno, a través de diversas fórmulas y cláusulas constitucionales¹⁵. El resultado de ambos procesos ha traído consigo que los derechos humanos tengan una doble fuente normativa: nacional e internacional, y ello hace que los mismos derechos tengan una doble fuente judicial en los tribunales encargados de interpretarlos. De esta forma, a través de la interpretación de los derechos -de doble fuente normativa- se establecen interpretaciones judiciales de éstos en el ámbito internacional y en el ámbito interno¹⁶.

En este sentido, el camino de interacción entre el DIDH y el derecho interno -que hasta ahora había sido normativo- ha pasado a ser jurisprudencial. Esto se manifiesta en que los tribunales nacionales han incorporado en sus razonamientos jurídicos los estándares desarrollados a nivel internacional como parámetro para evaluar la adecuación de los actos internos a sus obligaciones en materia de derechos humanos y, por otra parte, que las cortes internacionales han pasado a incluir los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales nacionales u otros tribunales internacionales¹⁷ en sus resoluciones, para dar contenido e interpretar los tratados internacionales sobre derechos humanos. Esto es lo que Diego García Sayán -ex Presidente de la Corte IDH- ha llamado “viva interacción” entre los tribunales internacionales y los tribunales internos¹⁸ o es el llamado “diálogo jurisprudencial” a que alude la doctrina latinoamericana y europea¹⁹.

En el contexto referido, las respuestas tradicionales de apertura constitucional al DIDH han debido de replantearse o adaptarse para dar respuestas adecuadas al fenómeno de la interacción. En efecto, en la mayoría de las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano o aquellas de fines del S. XX en Europa, la redacción constitucional se produjo a la vez que el fenómeno de la interacción iba en aumento, por lo que las decisiones constitucionales debieron construirse para dar una respuesta normativa adecuada.

Para referirme a esta temática previamente es necesario realizar algunas aclaraciones. Una cuestión es la forma en que los tratados internacionales sobre derechos humanos adquieren validez interna²⁰ y otra diferente es cómo se articula su relación con el derecho interno una vez que estos son válidos. Nuestra preocupación es la forma en que se articulará el DIDH una vez que adquiera validez en el derecho interno. En el derecho comparado, la respuesta a la articulación se ha dado mediante dos grandes modelos: soluciones jerárquicas y soluciones interpretativas²¹.

Las soluciones jerárquicas son aquellas que dan luces sobre el lugar que las normas internacionales ocupan en el derecho interno²² y las interpretativas consagran expresamente “la necesidad de interpretar ciertas normas constitucionales y/o legales a la luz de los compromisos internacionales”²³.

Mención aparte merecen aquellas constituciones recientes que consagran la supraconstitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos (por ejemplo, Venezuela, Guatemala y Bolivia). Dichas cláusulas presentan el problema de resolver *ex ante*, una posible colisión entre tratados sobre derechos humanos y Constitución, desde una perspectiva formal y no integradora, eliminando la posibilidad de realizar interpretaciones a nivel de derecho interno que sean más garantistas que el desarrollo del DIDH. Esta posibilidad restringe el desarrollo de un constitucionalismo interno innovador.

Ambos modelos (interpretativo y jerárquico) tienen aspectos positivos y negativos en términos de respuesta frente a la articulación. Mientras que el primer modelo presentado puede ser considerado complejo por la indeterminación del tipo de normas que son el parámetro en virtud del cual hay que interpretar, las segundas pueden traer consigo la declaración de responsabilidad internacional en aquellos casos en que los tratados en su jerarquía es infraconstitucional o se asemeja a leyes y existan divergencias entre la Constitución y los tratados²⁴, o una excesiva rigidez frente a problemas complejos de articulación.

Mientras que el problema del baremo de interpretación es una dificultad que puede superarse ya sea mediante técnica constitucional o la definición jurisprudencial, el segundo es un problema más complejo de superar y no responde a la realidad actual del reparto de competencias constitucional e internacional (modelo de coordinación e interdependencia, como ya se explicó). En efecto, el modelo de interpretación conforme ha demostrado ser más eficaz pues éste reconoce la naturaleza de las normas sobre derechos humanos, que se han establecido como pisos mínimos de protección²⁵ y son, por tanto, susceptibles de interpretación en el sentido de aplicación más favorable a las personas, que además pueden integrarse en sus contenidos a través de un sistema de reenvíos hacia otros ordenamientos²⁶.

En este sentido, son tres los principales argumentos por los cuales se sostiene que en la actualidad se debe tender hacia un modelo de articulación basado en la armonización-interpretación: a) permite evitar la responsabilidad internacional por interpretaciones contrarias al DIDH; b) favorece el desarrollo de interpretaciones evolutivas mediante la interacción entre el DIDH y el derecho interno y c) no otorga respuestas definitivas frente a problemas complejos, ofreciendo siempre respuestas abiertas que tienen como piso mínimo el catálogo internacional de protección de derechos humanos.

La crisis del debate en términos de dualismo y monismo²⁷ y las soluciones jerárquicas, no implica que deba deconstruirse el andamiaje conceptual del modelo piramidal en el cual se han desarrollado nuestros sistemas jurídicos²⁸. Pero en materia de derechos fundamentales el asunto radica en que las decisiones que deben adoptarse no se basan en criterios formales o jerárquicos, sino en términos de efectividad de la protección desde una perspectiva armonizante de las fuentes del derecho²⁹.

3. Modelo de recepción del DIDH en Chile y sus problemas

En Chile, el debate doctrinario acerca de la incorporación del DIDH, se ha centrado desde la reforma constitucional de 1989 en su aspecto formal. Es decir, el debate se ha centrado en aspectos formales que buscan responder a la interrogante acerca de qué mecanismos son los adecuados para que el DIDH adquiera validez en el derecho interno y con qué jerarquía debe hacerlo.

La Constitución de 1980 se caracterizó por tener vacíos normativos en cuanto al procedimiento de incorporación de tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno (artículo 50), por lo que fue la jurisprudencia la que tuvo que definir el proceso de incorporación³⁰. La reforma del año 2005 a la Constitución, clarificó el procedimiento de incorporación y también aclaró las dudas que existían respecto a la naturaleza de los tratados internacionales. En efecto, la redacción constitucional de 2005 señala que el tratado se someterá “en lo pertinente” a los trámites de una ley. En ese sentido, se ha entendido que dicha frase y la naturaleza de los tratados permiten diferenciar a una ley de un tratado como fuentes de derecho diversas³¹. En general, la recepción de los tratados de derechos humanos no tiene problemas diferentes de los de la recepción del resto de los tratados. Sin embargo, cuando nos enfrentamos ante la problemática de la jerarquía, existen diferencias de tratamiento en el ordenamiento jurídico chileno ante tratados de derechos humanos. En este sentido, en el aspecto formal, la discusión ha persistido en determinar cuál es el rango de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales (supralegal, constitucional o supraconstitucional)³².

En Chile, es una cuestión aceptada pacíficamente por la jurisprudencia que los tratados internacionales tienen una jerarquía supralegal³³. Sin embargo, han existido diferencias importantes entre la jurisprudencia de la Corte Suprema y lo asentado por el Tribunal Constitucional respecto a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales³⁴. Mientras la primera ha sostenido el carácter constitucional e incluso supraconstitucional de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, basada en la incorporación automática de los derechos fundamentales a la Carta Constitucional tras la reforma de 1989³⁵; el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que los tratados son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa³⁶.

En este sentido, los términos en que está redactado el artículo 5° de la Constitución han permitido diversas interpretaciones respecto al rango que ocupan los derechos humanos en la pirámide normativa, por lo que la discusión acerca de la recepción formal en Chile ha sido central en el debate académico y jurisprudencial. Esto ha traído consecuencias relevantes en términos de articulación y negativas para la protección de los derechos humanos.

Por una parte, la indeterminación del rango de la norma constitucional ha dificultado (si bien no impedido)³⁷ la incorporación de estándares sustantivos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, restando efectividad a la protección de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales³⁸ y, por otra, esto ha implicado la declaración de responsabilidad internacional del Estado de Chile por no desarrollar interpretaciones o normas en el derecho interno que se conformen a sus obligaciones internacionales en la materia³⁹.

4. Modelo de interpretación conforme: la experiencia mexicana y española

Considerando los problemas expuestos referentes al modelo de articulación presente en la Constitución chilena y el contexto de interacción y de constitucionalismo cooperativo en que se encuentra enmarcado el estado actual de relaciones entre el DIDH y el derecho interno de los Estados, a continuación analizaremos el modelo de interpretación conforme como una alternativa posible para una nueva Constitución en Chile.

Como precisión metodológica, cabe destacar que pese a existir otros modelos constitucionales que adoptan la interpretación conforme como solución al problema de la interacción entre los sistemas (como por ejemplo el modelo de Portugal o el Colombiano), se ha escogido el modelo español y el mexicano como parámetro de análisis por dos razones: el modelo español, por una parte, goza de más de 30 años de evolución constitucional que permiten visualizar el impacto de esta articulación en la jurisprudencia constitucional⁴⁰. Por su parte, el modelo mexicano (de reforma reciente), compartía con Chile los mismos problemas en este ámbito: no existía claridad constitucional en torno a la posición de los tratados sobre derechos humanos y el problema había sido resuelto de manera jurisprudencial. En este sentido, la experiencia mexicana (que añade algunos elementos adicionales al debate), puede otorgar elementos relevantes para la superación del problema en Chile.

Como señalara, ambos modelos optan por un modelo interpretativo a la hora de definir la relación entre el DIDH y el derecho interno. La interpretación conforme es definida como “la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, para lograr su mayor eficacia y protección”⁴¹. A diferencia de otras fórmulas, esta cláusula no resuelve la problemática en términos de jerarquía, sino en términos de coordinación. Como destaca Caballero, esta es una solución más efectiva en el actual desarrollo del DIDH, pues la jerarquía homogeniza el sistema jurídico y las fuentes, pero no permite la oportunidad de establecer “rutas alternativas ante colisiones normativas”⁴².

En términos simplificados: esta cláusula implica afirmar que en cada acto de creación, interpretación y aplicación del derecho, los derechos fundamentales consagrados en la Carta Fundamental deben ser entendidos en armonía con los derechos humanos consagrados en tratados internacionales. Es decir, se debe buscar aquella interpretación que permita dar efectividad y coherencia a los derechos de doble fuente: nacional e internacional. Se entiende “conformidad” como “compatibilidad” y no como identidad. En efecto, en la medida en que el estándar nacional sea diferente -en términos de otorgar mayor protección y garantía a los derechos- la interpretación conforme no puede hacerse en ningún caso “en detrimento del nivel de garantía alcanzado en nuestro Estado a partir de las previsiones constitucionales, de su desarrollo legislativo y de la concretización que de todo ello haya llevado a cabo el Tribunal Constitucional”⁴³. Por otra parte, el entender este criterio como “conformidad” implica tomar en consideración que el DIDH no se va a utilizar “sólo” en caso de lagunas o falta de determinación del derecho en el ámbito interno, pues son ordenamientos mínimos que se retroalimentan entre sí para conformar el contenido del derecho⁴⁴.

Considerando la dimensión objetiva que asumen los derechos fundamentales con su constitucionalización, es importante recalcar que la obligación de interpretación conforme, no recae sólo en los órganos jurisdiccionales (o Tribunal Constitucional, según sea el caso), sino también en todas las autoridades públicas, y es en esta dimensión que los tratados de derechos humanos tienen un “efecto de irradiación -derivado del que poseen los propios derechos- condicionando el contenido del entero sistema jurídico”⁴⁵. Como señalare el TC español: “como cualquier otro poder público, también el legislador está obligado a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios”⁴⁶.

4.1. Modelo español

El primer modelo que examinaré es el modelo español. El artículo 10.2 de la Carta Fundamental española de 1978 señala: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En torno a este artículo hay diferencias doctrinarias en cuanto a su alcance material y formal⁴⁷, pero existe coincidencia en cuanto a que esta fórmula constitucional ha servido como puerta de entrada a un flujo constante de intercambio entre derecho interno y derecho internacional en la materia⁴⁸ o como “puente” que conecta al derecho interno con el derecho internacional y que genera una interrelación a través de la interpretación de los derechos⁴⁹. Por otra parte, se destaca que esta es una cláusula constitucional específica que amplía los efectos comunes que tiene cualquier tratado en el ordenamiento jurídico, dando una

nueva eficacia a los instrumentos sobre derechos humanos. Esta eficacia se manifiesta en la operatividad de los tratados sobre derechos humanos como canon de interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución⁵⁰.

En cuanto a la eficacia material de la cláusula, cabe destacar que su inclusión -aunque el Tribunal Constitucional señale que no implica la constitucionalización de los derechos consagrados en los tratados⁵¹- si ha tenido un impacto significativo en la justicia constitucional de protección de derechos fundamentales. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha utilizado la cláusula para construir contenidos de derechos (como la libertad de expresión y debido proceso), determinar la existencia de contenidos conexos o accesorios a los derechos consagrados en la Carta Fundamental, fijar el contenido básico o esencial de los derechos a efectos de control externo y realizar rectificaciones de doctrina⁵². Proponiendo otra categorización de la influencia del DIDH, Rey señala que la cláusula de interpretación conforme ha sido utilizada para indicar conexiones entre unos derechos y otros (de fuente internacional y nacional), reforzar argumentos, dotar de criterios objetivos a conceptos constitucionales indeterminados, delimitar el ámbito de titularidad de derechos fundamentales; precisar el sentido concreto y alcance de los derechos fundamentales; reintegrar derechos e introducir límites a los derechos fundamentales provenientes de los textos internacionales⁵³.

En este sentido, pese a que en la jurisprudencia española la cláusula 10.2 no opere en términos de sostener la existencia de un “bloque de constitucionalidad de derechos” en sentido estricto (inclusión de nuevos derechos que no estén previamente reconocidos en el articulado), en la práctica los tratados internacionales sí pueden dar lugar por vía interpretativa a una ampliación (mediante la reintegración de derechos) del catálogo de derechos constitucionales⁵⁴.

En esta labor, la interpretación conforme no se ha limitado a utilizar como parámetro de interpretación la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y los tratados sobre la materia ratificados por España, sino que “el TC se ha decantado en su aplicación [del artículo 10.2] por un criterio de ‘máxima apertura’ que va más allá de las referencias estrictas del artículo 10.2 y que desborda los condicionamientos que podrían desprenderse de su tenor literal”⁵⁵. En este sentido, se han utilizado instrumentos que no son estrictamente tratados sobre derechos humanos (pero que sí contienen normas sobre la materia) y decisiones, informes y resoluciones de los órganos de protección⁵⁶, especialmente la jurisprudencia del TEDH⁵⁷.

La creciente interacción entre la jurisprudencia del TEDH y el TC, ha llevado a parte de la doctrina a sostener que esto explicaría que España sea uno de los países con menor tasa de demandas ante el TEDH⁵⁸.

4.2. Modelo mexicano

Al igual que en el caso chileno, en la jurisprudencia y doctrina mexicana antes de la reforma constitucional del año 2011⁵⁹, el debate había estado centrado en la interpretación del 133 constitucional, discutiéndose en torno a la jerarquía supralegal o constitucional de los tratados sobre derechos humanos. En este ámbito, los criterios interpretativos se dirigieron a establecer la jerarquía supralegal e infraconstitucional de los tratados⁶⁰. Uno de los múltiples problemas de esta solución jurisprudencial, fue la condena de México en numerosos casos ante la Corte IDH⁶¹.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos ha sido destacada por su importancia, caracterizándola como la propulsora de un “nuevo paradigma” en el constitucionalismo mexicano⁶². La reforma fue amplia y no sólo se refirió a la coordinación entre DIDH y derecho interno, sino que también abordó cambios sustantivos o materiales respecto de los derechos y cambios operativos o al sector de garantía. Sin embargo, el artículo 1º constitucional, que estudiaremos a continuación (y que se refiere, entre otros aspectos, a la relación entre DIDH y derecho interno), es el pilar de la reforma⁶³.

En esta materia el artículo 1º incorpora dos aspectos relevantes: a) una definición amplia del catálogo de derechos reconocidos por la Constitución, señalando que: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, así como de las garantías para su protección” y; b) una cláusula de interpretación conforme con referencia explícita al principio pro persona: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Respecto al primer aspecto, este implica que los derechos tienen una fuente constitucional e internacional, otorgándose de esta manera rango constitucional a los derechos consagrados en tratados internacionales. El texto no hace referencia únicamente a los tratados internacionales de derechos humanos, sino a los derechos humanos previstos en tratados internacionales, es decir, a lo que se atiende es al criterio de “derechos” y no al tipo de instrumento que lo contiene⁶⁴. En este sentido, a diferencia del caso español, en esta cláusula, además de la interpretación conforme, se establece un concepto de Constitución material en materia de derechos fundamentales, conformada por los derechos de fuente constitucional e internacional.

En cuanto al segundo aspecto, que es el que se refiere específicamente a la coordinación, explícita la concepción del modelo de interacción, pues los criterios sobre el valor constitucional de los tratados en materia de derechos humanos “se modifican en relación con una posición específica en la pirámide normativa, para dirigirse a una cláusula de interpretación

conforme o canon hermenéutico”⁶⁵. En efecto, si la solución se hubiera propuesto en términos de jerarquía, hubiera bastado con el inciso primero del artículo 1º constitucional. Por su parte, en cuanto al principio pro persona, se reconoce que su inclusión supone un reconocimiento de que en materia de derechos humanos, el desarrollo normativo va adquiriendo fuerza en la medida en que se va avanzando desde pisos mínimos hacia pisos más altos de protección⁶⁶. Por ello se ha entendido que el artículo 1º no debe ser leído en clave jerárquica.

Una de las novedades que introduce el modelo mexicano de interpretación conforme, a diferencia del español, es la inclusión explícita del principio pro persona. Este principio cumple dos objetivos: a) definir el estándar de integración normativa, construyendo el contenido constitucionalmente declarado⁶⁷ y b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias, con independencia de la jerarquía. Como indica Mónica Pinto, este es un principio que tiene su origen en el DIDH, “en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o suspensión extraordinaria”⁶⁸. En el caso de la Constitución mexicana, sin embargo, y como destaca Castilla⁶⁹, el artículo 1º sólo incorporó una vertiente del principio pro persona, el de la protección más amplia, no explicitándose el criterio de la interpretación restringida de los límites. Por su constitucionalización, este principio no sólo informa la actividad de la administración de justicia, sino también de todas las autoridades públicas. Por ejemplo, en el caso del legislador, la dimensión objetiva de los derechos en relación al principio pro persona, implica que éste no debe crear normas regresivas limitantes de la protección y vigencia de los derechos humanos⁷⁰.

La reforma tuvo de inmediato consecuencias relevantes para el sistema de protección de derechos humanos en México. En la resolución del expediente varios 912/2010⁷¹, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante, SCJN) debía determinar el alcance de las obligaciones establecidas por el tribunal interamericano en el caso *Radilla Pacheco vs. México*⁷² respecto al Poder Judicial. En la resolución de dicho asunto y, principalmente en base al artículo 1º constitucional, la SCJN señaló la obligación de los jueces mexicanos de realizar un control difuso de convencionalidad, teniendo como parámetro la Constitución, los derechos humanos consagrados en tratados internacionales y, en el caso de la jurisprudencia de la Corte IDH, se indica que ésta tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello en que le sea más favorecer a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional⁷³.

La incorporación del criterio de interpretación conforme, ha supuesto desafíos para la SCJN y, en general, para la administración de justicia, generándose una amplia jurisprudencia constitucional que interpreta el ordenamiento, de manera que se cumpla con las obligaciones

internacionales o declarando inconstitucionales ciertas normas del ordenamiento jurídico⁷⁴. Existen dos casos paradigmáticos que reflejan la nueva concepción de un cuerpo normativo complejo y que muestran la forma en que la integración normativa ha favorecido la protección de grupos excluidos de la sociedad. Son los casos referidos a la convalidación del matrimonio entre personas del mismo sexo⁷⁵ y el rediseño del sistema de declaración de interdicción, por un modelo de asistencia en la toma de decisiones⁷⁶ en el caso de las personas con discapacidad.

4.3. Dilemas y respuestas comunes

En su aplicación práctica los modelos reseñados se han enfrentado a dilemas comunes, por ejemplo, ¿Qué valor se otorga a otras fuentes del DIDH diferentes de los tratados sobre Derechos Humanos?, ¿Qué valor se da a la jurisprudencia y resoluciones de organismos internacionales?, ¿Qué ocurre si el estándar nacional de protección es más garantista que el estándar internacional?, ¿Qué ocurre si existe un conflicto entre la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos?

Para estas preguntas se han dado respuestas similares en ambos sistemas. Examinaremos a continuación estas preguntas, con el objeto de clarificar los posibles obstáculos prácticos que tiene una cláusula como la propuesta y sus soluciones de cara a la discusión constitucional en Chile.

a) Valor de la jurisprudencia y resoluciones de organismos internacionales

En España el mandato del artículo 10.2 se ha interpretado de manera flexible, siendo puerta de entrada para la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de recomendaciones de organismos internacionales y algunos instrumentos del llamado “*soft law*”⁷⁷. Asimismo, también se ha acudido a la interpretación que llevan a cabo los organismos de protección. Como veíamos a propósito del alcance material de la cláusula en el ámbito español, la jurisprudencia del TEDH ha sido utilizada para determinar el contenido esencial de los derechos, coadyuvar en el estándar de “especial trascendencia constitucional” para la admisibilidad del amparo, o rectificar su doctrina a la luz de los avances en el DIDH⁷⁸. En este sentido, se ha entendido por la doctrina, que la jurisprudencia del TEDH tiene valor de “cosa interpretada”, es decir, que sirve para “clarificar, salvaguardar y desarrollar las normas del Convenio”⁷⁹. Por su parte, en el caso mexicano, la jurisprudencia de la Corte IDH se considera como un criterio orientador siempre y cuando sea más favorable a la protección de la persona⁸⁰.

En este sentido, la respuesta común ha sido dotar a la jurisprudencia de los organismos jurisdiccionales el valor de “cosa interpretada”. Lo que está detrás de estas conclusiones jurisprudenciales es la consideración de que los tribunales encargados de aplicar las normas del CEDH⁸¹ o CADH⁸², son los intérpretes auténticos de dichas convenciones, estando dentro de sus funciones el interpretar el contenido y alcance de los derechos convencionales.

b) Nivel de protección

Con nivel de protección, me refiero a aquella pregunta que surge con ocasión de aplicación del tratado y que indaga acerca de las soluciones que se deben dar cuando existen criterios contradictorios.

La respuesta a esta pregunta, que genera debates en torno a las cláusulas de interpretación conforme, es respondida de manera clara en los propios tratados internacionales sobre derechos humanos. En el ámbito español, el CEDH en su artículo 53 señala: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte”. En este sentido se ha entendido que este precepto supone la imposibilidad de que alguna de sus normas pueda interpretarse en el sentido de limitar los derechos establecidos en el Estado parte, y que “va en la tónica general de este tipo de instrumentos de favorecer los espacios expansivos desde las propias constituciones”⁸³. Por esta razón la doctrina ha señalado que el artículo 10.2 de la CE consagra un régimen de compatibilidad y no de identidad.

Estas conclusiones, sin embargo no han sido las mismas en el ámbito del derecho comunitario. En el caso “Melloni”, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aplicando el principio de primacía del derecho de la Unión, restringió las garantías del proceso debido, en relación a los procesos sustentados en ausencia, estableciendo un estándar menos garantista que el del Tribunal Constitucional. Esta sentencia ha sido criticada, por no respetar el estándar de la interpretación más favorable⁸⁴. Como señala Aída Torres, en el ámbito de la protección multinivel, este balance de decisiones debe considerar, que en un marco pluralista, los conflictos de tipo constitucional no pueden resolverse a través de la imposición jerárquica de una autoridad última (nacional o internacional). Por consiguiente, la búsqueda de soluciones amistosas armónicas exige la cooperación judicial a través del diálogo, donde prime el criterio de efectividad de la protección, entre otros⁸⁵.

En el caso mexicano, como vimos, el principio pro persona se constitucionaliza. Pese a ello, la práctica jurisprudencial ha mostrado la necesidad de explicitar que el principio pro persona comprende también una dimensión referida a los límites de los derechos, que es la interpretación restringida de los límites⁸⁶. En efecto, uno de los problemas más complejos en el ámbito del nivel de protección, es el posible conflicto entre Constitución y Tratado.

En el caso mexicano se intentó abordar este problema desde la perspectiva positivista, es decir, incorporar en la Constitución el principio de no contradicción con la Constitución⁸⁷. Sin embargo, esta iniciativa no llegó a concretarse justamente por ser un principio que no se haría cargo de las obligaciones internacionales ya contraídas por el Estado y vaciaría de contenido al principio pro persona⁸⁸. Pese a ello, en la aplicación jurisprudencial este principio encontró una excepción relevante, cual es, aquellos casos en que la Constitución establece una “restricción expresa al

ejercicio de los derechos humanos” en la contradicción de tesis 293/2011. La SCJN funda esta excepción en el hecho que la norma reformada del artículo 1º constitucional habría mantenido a la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano. Un efecto práctico de esta decisión es que se legitimó una figura especialmente controvertida: la figura del arraigo⁸⁹.

Una solución coherente con la interpretación conforme y el principio pro persona, exige que en este tipo de casos se adopte una interpretación que permita compatibilizar la norma constitucional con la norma internacional o bien se derogue la previsión constitucional que establezca una restricción incompatible con la protección internacional⁹⁰. Esta última alternativa se ha dado en el ámbito interamericano, por ejemplo, justamente en el caso de Chile, donde se reformó la Constitución para establecer un régimen más favorable a la libertad de expresión, en cumplimiento de una sentencia de la Corte IDH⁹¹.

5. Argumentos para incorporar una cláusula interpretativa en la nueva Constitución

Lo que muestra esta experiencia compartida, es que la cláusula de interpretación conforme tiene efectos importantes en cuanto a las dimensiones que asumen los derechos fundamentales en la Carta Política. Por una parte, considerando la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, la incorporación de este tipo de cláusulas ha permitido a las personas mejorar la protección de sus derechos constitucionales desde dos perspectivas: 1) ampliando el contenido de los derechos consagrados en la carta fundamental mediante la reintegración normativa (nuevos contenidos) y 2) dinamizando el sistema jurídico de manera tal que la interpretación de los derechos fundamentales se vaya ajustando a las nuevas realidades sociales, contando las personas con soluciones jurisprudenciales que se ajusten a sus necesidades de protección. El estatus jurídico garantizado por los derechos amplía sus contenidos y éstos garantizan posiciones subjetivas que van evolucionado en conjunto con los desarrollos del DIDH.

Por otra parte, desde la perspectiva de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, la cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona cumplen dos funciones: a) Los criterios de validez material del ordenamiento jurídico en relación a los derechos fundamentales deben considerar la interpretación conforme al DIDH y b) Se condiciona la actuación de las autoridades públicas en términos negativos (no afectación) y positivos (obligación de garantizar) en relación a derechos integrados por un contenido de fuente nacional e internacional.

Como destaca Carpio, precisamente en atención a ese doble carácter de los derechos, es que detrás de la interpretación de las cláusulas que los reconocen y la solución de problemas en los que éstos se encuentran envueltos, “no sólo se decidan cuestiones subjetivas, sino

también temas verdaderamente cruciales para el orden político, pues sus alcances repercuten directamente en la actuación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, así como en la de todos y cada uno de los miembros de la sociedad”⁹². Como señalábamos en un comienzo, mediante esta cláusula el legislador ya no tiene solo como límite la Constitución en su tarea de comprender cuál es el campo de lo constitucionalmente posible, para poder luego desarrollar el derecho o libertad en cuestión, ha de tener presente además aquellos tratados y acuerdos⁹³.

En este sentido, tomando en consideración la experiencia comparada referida y el contexto de interacción entre el DIDH y el derecho interno a que he hecho referencia, además de las deficiencias del modelo constitucional actual, existen elementos para sostener que en una nueva Constitución, la opción del constituyente chileno debería ser la consagración de una cláusula de interpretación conforme acompañada de la consagración del principio pro persona⁹⁴.

Reconociendo que los derechos tienen una fuente nacional e internacional, esta cláusula interpretativa debería contener dos elementos: interpretación conforme al DIDH (considerando que sean tratados y declaraciones suscritas por Chile) y el principio pro persona, con la finalidad de evitar conflictos derivados de la disparidad de estándares. La consagración de este principio debe hacerse considerando sus dos vertientes: protección amplia y progresividad (interpretación restrictiva de límites).

En cuanto a la inclusión expresa del principio pro persona, hay que realizar algunas explicaciones adicionales. Si bien -como muestra el caso español- su incorporación expresa pudiera no ser necesaria pues este criterio se encuentra presente en los tratados sobre derechos humanos; como se destacó en el debate legislativo mexicano, se prefirió su consagración expresa antes de hacer depender su aplicación de otros factores⁹⁵. Estos factores podrían ser el desconocimiento de la norma internacional o una interpretación neutralizadora del DIDH⁹⁶ por parte del intérprete. Por otra parte, la inclusión explícita del principio obliga al intérprete a argumentar en torno a la elección de su preferencia, debiendo basar su explicación en cómo la interpretación dada en el caso o en la creación de la ley es aquella que garantiza de manera más amplia los derechos de las personas. Esto permite descartar aquellas críticas a su incompatibilidad con una concepción positivista del Derecho⁹⁷ o a su carácter subjetivo⁹⁸. Respecto a esta controversia y en relación al principio pro persona, resulta útil la distinción entre corrección y validez de la decisión⁹⁹. Si bien acudir al principio pro persona como criterio interpretativo no resultaría opcional para el intérprete constitucional, el resultado de su aplicación se puede analizar en términos de corrección de la decisión, más no de validez de la misma. Es decir, desde la perspectiva de la validez, el intérprete no puede apartarse del contenido constitucional que supone la obligación de aplicación del principio pro persona (criterio de validez material), pero el resultado su aplicación sólo nos permite

optar en el mundo de las “opciones constitucionalmente posibles”, donde una decisión puede ser válida -aunque incorrecta- desde la perspectiva de la motivación de la misma. Esta distinción permite superar la aparente tensión que generaría el principio pro persona¹⁰⁰.

En los ordenamientos jurídicos con derechos, las decisiones interpretativas válidas son aquellas que se ajustan a criterios de validez formal (órgano y procedimiento competente) y material (compatibilidad con los contenidos constitucionales). En atención a esta cuestión, es que Moreso ha planteado que existirían mundos constitucionalmente posibles e imposibles. Los primeros serían aquellos que pueden generarse a partir de la Constitución del sistema originario en atención a estos criterios, mientras que el segundo sería aquel que se corresponde a algún sistema que contiene una norma en contradicción con alguna de las normas de la Constitución¹⁰¹.

La determinación de la validez es compleja en el sentido de que las normas constitucionales que la determinan (criterios formales y materiales), si bien no son completamente determinadas, si lo están mínimamente¹⁰². Desde esta perspectiva, conviene preguntarse entonces, en qué sentido la utilización (o no) del principio pro persona puede condicionar la validez de la decisión. ¿Cuál es la determinación mínima que podemos sostener respecto de este principio? Para arribar a esta determinación mínima habrá que preguntarse qué es, lo que -en todo caso- queda excluido de su ámbito (es decir, lo que no puede significar)¹⁰³. En atención a la configuración de este principio (desarrollo jurisprudencial y normativo en el DIDH), se puede sostener que no es posible adoptar una decisión que amplíe los límites de un derecho más allá de lo establecido en la norma (añadir límites) y, en segundo lugar, no es posible adoptar una interpretación que restrinja a los titulares del derecho protegido por la norma a menos titulares (excluir titulares del derecho). Si bien el alcance de los mundos constitucionalmente imposibles en relación a este principio parece limitado, es cierto que al ser planteado en términos de mandato de optimización como hemos visto, su campo de aplicación más amplio opera en el ámbito de los aspectos de la corrección de la decisión interpretativa.

En relación a la corrección de la decisión, el principio pro persona supone la explicitación de los criterios de decisión, de manera de poder controlar y generar una aceptabilidad de la decisión interpretativa en consideración a los argumentos presentados. De esta manera, el principio pro persona no se transforma en una “herramienta para resolver *a priori* en el sentido que se desee”¹⁰⁴. En efecto, los elementos planteados, en un contexto de interacción entre el DIDH y el derecho interno, nos llevarán a un modelo de juez/a razonable, esto es, un juez/a sometido al derecho (de fuente interna e internacional), respetuoso/a por las exigencias que se deducen de una motivación válida y que desenvuelve su actividad justificatoria tomando como referencia la idea de aceptabilidad de sus decisiones¹⁰⁵.

Cabe destacar que la inclusión expresa de la vertiente de este principio referida a la interpretación restrictiva de límites permite reducir el margen del legislador o el intérprete para desarrollar o interpretar leyes que establezcan límites a los derechos fundamentales que no se encuentren conforme al bloque constitucional de derechos. Esto no significa que los derechos no puedan restringirse o suspenderse, sino más bien que las restricciones que se establezcan, sean sólo aquellas estrictamente necesarias para el fin que se busca y que menos limite el ejercicio de los derechos¹⁰⁶.

Considerando las precisiones realizadas, a continuación se desarrollarán los argumentos por los cuales se sostiene que la interpretación conforme y el principio pro persona, son una opción adecuada para el constituyente chileno al momento de tomar una decisión sobre una cláusula de apertura en una nueva Constitución.

5.1. Cumplimiento de las obligaciones internacionales en derechos humanos y control de convencionalidad

Al suscribir los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los Estados se obligan a adoptar todas las medidas necesarias para su cumplimiento de buena fe¹⁰⁷. Dentro de las medidas que deben adoptar los Estados están las medidas legislativas, políticas públicas y la praxis de los tribunales¹⁰⁸. El mandato de interpretación conforme obliga al intérprete (juez/a constitucional, legislador/a, autoridad administrativa, etc.) a adoptar decisiones que no contradigan el contenido de los derechos fundamentales. Esto permite que el Estado evite incurrir en responsabilidad internacional, pues en el ejercicio y creación del derecho se tendrá presente la dimensión internacional. Asimismo, se imposibilita la adopción de interpretaciones regresivas en relación con la concepción de derechos, vigente en la comunidad internacional¹⁰⁹.

En este mismo sentido, la cláusula propuesta favorece la aplicación del control de convencionalidad. El control de convencionalidad (en el ámbito interno¹¹⁰), consiste en el deber de los/as jueces/zas, órganos de la administración de justicia y demás autoridades públicas, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la CADH, sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte IDH y demás instrumentos del sistema interamericano¹¹¹.

Ésta -que es la conceptualización actual del control de convencionalidad- tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte IDH y en el estado actual de la evolución del concepto en la que tiene cuatro elementos constitutivos: a) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública y d) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación

conforme a la CADH dependiendo de las facultades de cada autoridad pública¹¹².

Una solución como la propuesta para una nueva Constitución, permite la operatividad del control de convencionalidad en el ámbito interno, pues se le exige al intérprete que al momento de crear/aplicar el derecho, se adopte una decisión que se conforme al bloque de constitucionalidad compuesto por normas de derechos fundamentales de fuente internacional y nacional. Por otra parte, este mandato, al transformarse en una obligación constitucional, permite además el cumplimiento del requisito de su realización "*ex officio*" por parte de la autoridad pública. Una cláusula como la propuesta reafirmaría la obligatoriedad de la realización de este control en el ámbito interno, tal y como lo ha reconocido la Corte Suprema de Chile en base a las normas de DIDH¹¹³.

5.2. Praxis de los tribunales chilenos

Uno de los argumentos que me parece que no puede obviarse, es el de la tradición jurisprudencial en Chile¹¹⁴. La tradición jurisprudencial en los últimos 10 años muestra que si bien en un comienzo la recepción jurisprudencial del DIDH había estado mediatizada por la indeterminación de la cláusula constitucional, en el último tiempo ha avanzado hacia una recepción sustantiva del DIDH¹¹⁵.

Esta recepción sustantiva está marcada por el reconocimiento de la existencia de un bloque constitucional de derechos¹¹⁶ y un ejercicio progresivo de un control de convencionalidad tanto en el ámbito de la jurisdicción ordinaria como constitucional¹¹⁷. Respecto al bloque constitucional de derechos, éste ha sido desarrollado tanto en un sentido lato (considerando la constitucionalización de los derechos de fuente internacional), como en un sentido estricto¹¹⁸.

Tomando en consideración este bloque constitucional de derechos y siguiendo un camino similar al que ha seguido la jurisprudencia española, en el ámbito de la jurisprudencia ordinaria de los tribunales superiores de justicia, el DIDH ha sido utilizado¹¹⁹ para concretar principios¹²⁰, llenar lagunas¹²¹, dotar de contenido a derechos¹²², crear nuevos derechos mediante la reintegración normativa¹²³, dotar de contenidos nuevos a derechos ya existentes¹²⁴, coadyuvar en la fijación de límites a los derechos fundamentales¹²⁵ y realizar un ejercicio de inaplicación de la normativa interna¹²⁶.

Por su parte, en el ámbito de la jurisprudencia constitucional -donde la recepción ha sido menor por la doctrina del Tribunal Constitucional en torno a la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en el ordenamiento interno¹²⁷- de todas formas se ha ido desarrollado un concepto de bloque de constitucionalidad que ha permitido desarrollar la teoría de la existencia de derechos implícitos en la Constitución¹²⁸ e, incluso, considerar a los estándares internacionales sobre derechos

humanos como parámetro de constitucionalidad al declarar inaplicables normas sobre fuero militar¹²⁹ y de extranjería¹³⁰. Sin embargo, respecto del valor de “cosa interpretada” de la jurisprudencia de la Corte IDH siguen existiendo dudas en el Tribunal Constitucional y que están vinculadas precisamente a la indeterminación de la norma constitucional actual¹³¹, aunque sí se ha reconocido que la Corte IDH es la intérprete auténtica de la CADH¹³². Esto confirma la necesidad de esclarecer la relación entre DIDH y derecho interno en una nueva Constitución.

En cuanto al principio pro persona, debemos señalar que aunque este principio no se encuentra de manera explícita en el artículo 5.2 de la Constitución chilena, si es un principio hermenéutico que se puede desprender de la actual Carta Fundamental y que ha guiado la interpretación del Tribunal Constitucional. En efecto, el Capítulo I de la Carta Fundamental, particularmente el artículo 1º parte por afirmar que las personas “nacen libres en dignidad y derechos” y que el Estado debe “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece”. Acto seguido indica que “el Estado está al servicio de la persona humana”. Este mandato se operativiza en el deber que se impone al Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ya sea que su fuente sea internacional o estén en la Constitución (artículo 5º)¹³³. De esta forma, pese a que no esté consagrado expresamente, el texto actual de la Constitución Política privilegia una interpretación que tenga como fin la protección de los derechos de las personas, que son expresión de la dignidad humana y a cuyo servicio se encuentra el Estado¹³⁴. En este sentido, la recepción constitucional del principio no es ajena a nuestra tradición constitucional.

Por otra parte, la aplicación de este principio ha tenido recepción en la jurisprudencia constitucional y ordinaria¹³⁵. Así por ejemplo, en la discusión acerca de si la norma del artículo 186 del Código Penal chileno era aplicable al imputado y a la víctima, el TC indicó:

“Que, a mayor abundamiento, un juicio de constitucionalidad, como el que en esta oportunidad se realiza, no puede prescindir del hecho de que las normas que confieren derechos deben interpretarse de tal manera que potencien el goce del respectivo derecho y no al revés. Esta afirmación no es sino una consecuencia del clásico principio de interpretación favor *homine* o favor persona que obliga, precisamente, al intérprete normativo a buscar aquella interpretación que más favorezca los derechos de las personas que antes que aquélla que los anule o minimice [...]

“Es así como una interpretación amplia del artículo 186 del Código Procesal Penal, en lo que respecta a ‘persona afectada’ por una investigación que no se ha formalizado, que incluya tanto al imputado como a la víctima o querellante, resulta, también, más acorde con el aludido principio hermenéutico cuya fuente última se encuentra en la consagración de la dignidad de la persona en el inciso primero del artículo

1º de la Carta Fundamental. Al mismo tiempo, refuerza el Estado de Derecho, consagrado en los artículos 6º y 7º de la Ley Suprema, al realzar, en todo su vigor, los derechos que ella garantiza”¹³⁶.

En este caso la fuente de la aplicación del principio pro persona emana de la norma Constitucional¹³⁷ y se utiliza como mecanismo de preferencia interpretativa, es decir, prefiriendo aquella interpretación que otorga un alcance más amplio al derecho.

5.3. Dinamización del sistema de protección de derechos y efectividad

Tener una apuesta interpretativa como modelo de apertura constitucional implica que se tiene una concepción específica del funcionamiento del ordenamiento jurídico en relación a los derechos, y es que el alcance de la protección de los derechos humanos va evolucionando. Como indica Caballero “esta idea es deudora del hecho de que el desarrollo sobre derechos humanos va cobrando fuerza normativa en la medida en que se van obteniendo pisos más altos a partir de alcances normativos identificables de mayor a menor protección”¹³⁸.

La incorporación de la cláusula de interpretación conforme, dinamiza el sistema jurídico en dos sentidos: 1) permite una interpretación evolutiva de la norma constitucional y 2) la recepción constitucional de nuevos derechos y de nuevos contenidos en derechos viejos¹³⁹ mediante la reintegración normativa.

Por su parte, una solución como la propuesta incide en un aspecto relevante de la mejora en la efectividad de los derechos consagrados internamente y que tiene que ver con aquellos espacios que la normativa interna no aborda o aborda de manera imperfecta. La “ayuda” del DIDH es fundamental cuando se trata de instrumentos internacionales “especializados” o “temáticos”, pues éstos “contienen formulaciones más concretas, detalladas y precisas que las contenidas en nuestro texto constitucional”¹⁴⁰.

6. Desafíos del modelo propuesto

Señalaba en el comienzo de este estudio que las formas de interacción entre DIDH y derecho interno han cambiado. La existencia de una interacción en doble vía entre ambos sistemas normativos nos enfrenta a una realidad compleja y con retos que desafían los conceptos tradicionales con los cuales se ha entendido el constitucionalismo y el derecho internacional público. La pregunta en el contexto constituyente, es cómo Chile va a resolver este desafío. He sostenido que la mejor forma de hacerlo es abandonando el criterio jerárquico, apostando por la integración normativa. Sin embargo, existen voces críticas en torno a este proceso y que señalan los riesgos de pérdida de identidad nacional frente a la protección multinivel o el arribo de un “colonialismo” internacional¹⁴¹.

Estas voces críticas tienden a asumir que la interpretación conforme supondría una “identidad” de estándares. Lo que se propone es diferente

y supone un examen de compatibilidad, donde la solución a la que se arribe tenga por objetivo armonizar las fuentes nacional e internacional, buscando aquella solución que permita dar efectividad a los derechos. En definitiva, “los mejores argumentos sobre el sentido y alcance de los derechos que tenemos son los que debieran finalmente prevalecer, sin importar su precedencia”¹⁴². Por otra parte, la solución propuesta no supone que los ordenamientos nacionales pierdan identidad. En efecto, se determinarán ciertos principios constitucionales que permitan configurar esta identidad (como la laicidad o el multiculturalismo), lo que tendrá efectos en materia de derechos humanos. En efecto, “siempre que estos principios sean compatibles con el constitucionalismo democrático, será legítimo que a partir de los mismos, se configuren esquemas de limitaciones, restricciones, regulaciones, etcétera, para el ejercicio de algunos derechos constitucionales/convencionales”¹⁴³. Lo que no puede ocurrir es que recurriendo a este tipo de argumentos se desnaturalice el contenido esencial de los derechos o se impongan restricciones que terminen desnaturalizando los derechos y su efectividad. En efecto, la referencia a la identidad constitucional y que tendría reconocimiento en la existencia de un margen de apreciación de nacional para el cumplimiento de las obligaciones internacionales (doctrina aceptada en el TEDH, pero no en el ámbito interamericano), no puede transformarse en un elemento que permita sustraer a las personas y colectivos de la protección más amplia de sus derechos.

Otro desafío en la materia, es que la “sala de máquinas” de la Constitución a la que refiere Gargarella requiere estructuras de limitación y reparto del poder que permitan que los derechos fundamentales respecto de los cuales su conformidad al DIDH se propone, puedan desplegar con efectividad sus exigencias. La Constitución no debe ser pensada con cláusulas autónomas e independientes, sino como un cuerpo complejo con principios comunes. La influencia cruzada de las cláusulas constitucionales supone que debemos reconocer el impacto que tiende a ejercerse respecto de los derechos desde la sección constitucional dedicada a la organización del poder¹⁴⁴.

Finalmente, cabe señalar que el modelo propuesto no es sencillo (la realidad jurídica tampoco lo es), suponiendo un proceso hermenéutico complejo que requiere esfuerzos consistentes con esta complejidad desde la perspectiva de la creación y aplicación del derecho.

7. Conclusiones

En el contexto de coyuntura constituyente en el que se encuentra Chile se hace necesario aportar insumos sustantivos a la discusión respecto a uno de los aspectos centrales de las cartas políticas: los derechos fundamentales. El constitucionalismo actual se caracteriza porque la fuente de los derechos fundamentales tiene un doble origen: nacional e internacional. En ese sentido, una de las preguntas fundamentales que

deben responder los Estados es cómo se deben relacionar ambos sistemas de protección.

Para dar respuesta a esta pregunta en el derecho comparado se han dado dos respuestas tradicionales: resolver el asunto en términos de jerarquía (determinar si las normas sobre derechos humanos tienen rango constitucional o no) o coordinación. Esta última respuesta se caracteriza por la existencia de cláusulas interpretativas que establecen el mandato de interpretar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución en conformidad a los tratados internacionales que contienen normas sobre derechos humanos. Esta última solución ha mostrado ser más efectiva en el contexto actual pues evita a los Estados incurrir en responsabilidad internacional y, por otra parte, dinamiza y favorece la protección de los derechos fundamentales al enriquecer el contenido de los derechos. En efecto, en el ámbito español, esta cláusula ha permitido incorporar la jurisprudencia del TEDH, permitiendo al tribunal constitucional español integrar los contenidos de los derechos fundamentales a la luz de los desarrollos del DIDH. Por su parte, en México la inclusión de esta cláusula además del principio interpretativo pro persona ha permitido actualizar la interpretación de la normativa nacional brindando protección a grupos tradicionalmente discriminados.

Los debates en torno al modelo actual de recepción del DIDH en Chile obstaculizaron en la primera década de vigencia de la reforma a la Carta Fundamental de 1989 la incorporación de estándares internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, en el último tiempo hemos sido testigos de cómo se ha avanzado hacia una recepción sustantiva de los estándares en el derecho interno. Esta recepción sustantiva muestra que la *praxis* de los tribunales chilenos ha avanzado hacia un modelo de interpretación conforme.

En atención a los argumentos desarrollados: a) contexto actual de la relación entre el DIDH y el derecho interno; b) experiencia comparada y c) las consecuencias positivas del modelo para la protección de los derechos fundamentales, es que se propone que la fórmula que debería asumir una nueva Constitución es de coordinación entre ambos sistemas, incorporando una cláusula de interpretación conforme y de mandato interpretativo pro persona para resolver los problemas derivados de la disparidad de estándares y favorecer la interpretación evolutiva de los derechos fundamentales. De esta manera, asumiendo una perspectiva del derecho como integridad, los derechos fundamentales podrán hablar - como señalara Dworkin- con una “sola voz” en una nueva Constitución.

Bibliografía citada

- Aguilar, Gonzalo (2016a): “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y derecho a huelga en Chile”, en: *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (Nº 9), pp. 113-166.
- Aguilar, Gonzalo (2016b): “Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Volumen 49 Nº 146), pp. 13-59.

- Aguilar, Gonzalo y Nogueira, Humberto (2016): "El principio favor persona en el derecho internacional y el derecho interno como regla de interpretación y preferencia normativa", en: *Revista de Derecho Público* (Nº 84), pp. 13-43.
- Aldunate, Eduardo (2010): "La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo", en: *Ius et Praxis* (Volumen 16 Nº 2), pp. 185-210.
- Ansuátegui, Javier (2016): "Human Rights and judicial dialogue between america and europe: toward a new model of law?", en: *The Age of Human Rights* (Nº 6), pp. 24-41.
- Asís, Rafael (2005): *El juez y la motivación en el Derecho* (Madrid: Dykinson).
- Ayala, Carlos (2013): *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad* (México, Porrúa).
- Bastida, Francisco et al. (2004): *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Madrid, Tecnos).
- Bazán, Víctor (2011): "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", en: *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (Nº 18), pp. 63-104.
- Benadava, Santiago (1992): "Las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos", en: *Nuevos enfoques del derecho internacional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Bidart, Germán (2002): "Los derechos 'no numerados' en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional", en: Méndez, Ricardo. *Derecho internacional de los Derechos Humanos*. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), pp. 103-113.
- Acosta, Paola (2016): "Zombis vs. Frankenstein: 'Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno'", en: *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 14, Nº 1), pp. 15-60.
- Caballero, José Luis (2009): *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México* (México, Porrúa).
- Caballero, José Luis (2011): "La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución)", en: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (México, Instituto Investigaciones Jurídicas UNAM), pp. 103-133.
- Caballero, José Luis (2013): *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad* (México), Porrúa.
- Cançado, Antonio (2001): *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Castilla, Karlos (2009): "El principio pro persona en la administración de justicia", en: *Cuestiones Constitucionales* (Nº 20), pp. 65-83.
- Castilla, Karlos (2014): "El principio pro persona a 3 años de su inclusión en el texto constitucional federal mexicano", en: *IX Mesa redonda sobre justicia constitucional en las entidades federativas*, pp. 35-58.
- Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (2011): *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM).

- Carmona, Jorge (2011): “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), pp. 39-62.
- Carpio, Edgar (2003): “La interpretación de los derechos fundamentales”, en: *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* (Nº 56), pp. 463-530.
- Chia, Eduardo y Quezada, Flavio (2015): *Propuestas para una nueva Constitución (originada en Democracia)*. (Santiago, Instituto Igualdad y Facultad de Derecho Universidad de Chile).
- Contesse, Jorge (2013): “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Obtenido de https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf
- Cuenca, Patricia (2011): “En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica”, en: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (Nº 23), pp. 74-96.
- Cuenca, Patricia (2012): “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno: La interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, en: *Revista de Estudios Jurídicos* (Nº 12), pp. 1-24.
- De Carreras, Francesc (2000): “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución. *Revista española de derecho constitucional* (Nº 60), pp. 321-342.
- Del Toro, Mauricio (2005): “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Nº 11), pp. 325-363.
- Díaz, Regina (2012): “Derecho internacional y derechos internos ¿jerarquía o coordinación?”, en: *Revista de Derecho Público* (Vol. 77), pp. 263-276.
- Donaire, Javier (2016): “La tensión entre primacía del derecho de la Unión Europea y supremacía de la Constitución en materia de derechos fundamentales: el asunto Melloni”, en: *XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Bilbao: Universidad de Deusto. Obtenido de <http://congresoace.deusto.es/wp-content/uploads/2016/01/Mesa1-Donaire.pdf>.
- Dulitzky, Ariel (1996): “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, en: *Estudios Especializados de Derechos Humanos* Tomo I (San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- Dworkin, Ronald (1998): *Law's Empire* (Hart Publishing).
- Ferrante, Alfredo (2016): “Entre derecho comparado y derecho extranjero: una aproximación a la comparación jurídica”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Volumen 43 Nº 2), pp. 601-618.
- Fernández, Miguel Ángel (1989): “La reforma al artículo 5º de la Constitución”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Volumen 16 Nº 3), pp. 809-825.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2009): “Prólogo”, en: Caballero, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México* (México, Porrúa), pp. 18-31.

- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2012). "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano". En A. Saiz, & E. F. Mac-Gregor, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial* México, Porrúa, (pp. 91-185).
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2013): "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay)", en: *Revista de Estudios Constitucionales* (Volumen 11 N° 2), pp. 641-694.
- Fuentes, Ximena (2007): "Derecho internacional y derecho interno: definitivamente una pareja dispareja". Obtenido de Seminario SELA: <http://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-24-Derecho-Internacional-y-Derecho-Interno.pdf>.
- Galdámez, Liliana (2013): "Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del TC sobre ley de pesca, roles N°s. 2387-2012 CPT y 2388-2012 CPT acumulados", en: *Revista de Estudios Constitucionales* (Vol 1, N° 11), pp. 621-632.
- Galdámez, Liliana (2014a): "Simposio: Reforma Constitucional y Derechos Humanos", en: *Anuario de Derechos Humanos* (N° 10), pp. 59-77.
- Galdámez, Liliana (2014b): "El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista de Estudios Constitucionales* (Volumen 12 N° 1), pp. 329-364.
- García Barzelato, Ana María (2006): "Tratados internacionales según la reforma constitucional de 2005", en: *Revista de Derecho Público* (N° 68), pp. 72-84.
- García Sayán, Diego (2005): "Una viva interacción: Corte interamericana y tribunales internos", en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004* (San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Gargarella, Roberto (2015). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina* (Madrid, Katz Editores).
- Groppi, Tania, y Leccis, Ana María (2014): "Las referencias recíprocas entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos humanos ¿de la influencia al diálogo?", en: *Revista de Derecho Público* (Volumen 80), pp. 85-120.
- Häberle, Peter (2017). *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta* (Madrid, Tecnos).
- Henderson, Humberto (2005): "Los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*", en: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (Volumen 39), pp. 71-99.
- Henríquez, Miriam. (2008): "Jerarquía de los tratados de derechos humanos. Análisis jurisprudencial desde el método de casos", en: *Revista de Estudios Constitucionales* (Volumen 6 N° 2), pp. 73-119.
- Henríquez, Miriam y Núñez, José Ignacio (2016): "El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?", en: *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho* (N° 21), pp. 326-339.
- Landa, César (2012): "Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones", en: Saiz, Alejandro y Ferrer-Mac-Gregor, Eduardo, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y*

- diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa* (México, Porrúa), pp. 307-332.
- Martín, Lorenzo; Olásolo, Héctor, y Ferrer Mag-Gregor, Eduardo (2013): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- Moreso, José Juan (1998): “Mundos constitucionalmente posibles”, en: *Isonomía* (Nº 8), pp. 139-159.
- Nash, Claudio (2012): *El derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno* (Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile).
- Nash, Claudio (2013): *Control de convencionalidad: de la dogmática a la implementación* (México, Porrúa).
- Nash, Claudio (2014): *Boletín de Jurisprudencia de la SCJN en materia de Derechos Humanos* Nº 3. (México, Unidad de Igualdad de Género SCJN).
- Nash, Claudio y Núñez, Constanza (2017a): “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Nº 148), pp. 185-231.
- Nash, Claudio y Núñez, Constanza (2017b): “Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile”, en: *Revista de Estudios Constitucionales* (Nº 1), pp. 15-54.
- Nogueira, Humberto (1996): “Los tratados internacionales en el ordenamiento público chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Volumen 23 Nº 2), pp. 341-380.
- Nogueira, Humberto (2007): “Reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, en: *Revista de Estudios Constitucionales* (Volumen 5 Nº 1), pp. 59-88.
- Nogueira, Humberto (2013): “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Nº 19), pp. 511-533.
- Nogueira, Humberto (2015): “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México”, en: *Revista de Estudios Constitucionales* (Volumen 13 Nº 2), pp. 301-350.
- Núñez, Constanza (2016): *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*. (Santiago, Editorial Librotecnia).
- Núñez, Constanza (2017): “Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica”, Seminario Gregorio Peces-Barba, *Materiales de Filosofía del Derecho* (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid).
- Peña, Marisol (2013): “El principio *pro homine* o favor persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”, en: Nogueira, Humberto, *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* (Santiago, Librotecnia), pp. 132-154.
- Pérez-Trempe, Pablo (2016): *Sistema de Justicia Constitucional* (2ª edición) (Pamplona, Thomson Reuters).

- Pfeffer, Emilio (2003): “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, en: *Ius et Praxis* (Volumen 9 N° 1), pp. 467-484.
- Pinto, Mónica (1997): “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en: Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales* (Buenos Aires, Editorial del Puerto y CELS), pp. 163-171.
- Queralt, Argelia (2008): *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- Risso, Martín (2012): “Interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos”, en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (N° 16), pp. 305-328.
- Rey, Fernando (1989) “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 10.2 CE)”, en: *Revista General de Derecho* (N° 537), pp. 3611-3631.
- Saiz, Alejandro (1999): *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial).
- Salazar, Pedro (2014): “Simposio: Reforma Constitucional y Derechos Humanos”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, pp. 59-77.
- Santolaya, Pablo (2013): “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en: Martín, Lorenzo; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Olásolo, Héctor, *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 447-480.
- Torres, Aída (2009): *Conflicts of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication*. (Oxford, Oxford University Press).
- Torres, Aída (2010): “Euroorden y conflictos constitucionales: a propósito de la STC 199/2009”, en: *Revista Española de Derecho Europeo* (N° 35), pp. 441-471.
- Trinidad, P. (2009): “La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de derechos humanos creados en el seno de Naciones Unidas”, en: Mariño, Fernando, *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho español* (Madrid, Universidad Carlos III Madrid - BOE), pp. 329-349.
- Von Bogdandy, Armin (2010): “Configurar la relación entre el derecho internacional constitucional y el derecho internacional público”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Van Gogdandy, Armin, *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM).
- Zagrebelsky, Gustavo (2003): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid, Trotta).
- Zúñiga, F. (2012). “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica”, en H. Nogueira, *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. Santiago, Librotecnia .

Jurisprudencia citada

- Tribunal Constitucional de España, rol N° 64-1991, de 22 de marzo de 1991.
Tribunal Constitucional de España, rol N° 36/1999, 22 de marzo de 1999.
Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 309-00, 4 de agosto de 2000.
Caso la Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.
Tribunal Constitucional de España, rol N° 41-2002 de 25 de febrero de 2002.
Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 346-2002, 8 de marzo de 2002.
Corte Suprema de Chile, rol N° 517-2004, 17 de noviembre de 2004.
Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.
Corte Suprema de Chile, rol N° 559-2004, 13 de diciembre de 2006.
Corte Suprema de Chile, rol N° 4325-2006, 29 de enero de 2007.
Corte Suprema de Chile, rol N° 3125-2004, 13 de marzo de 2007.
Corte Suprema de Chile, rol N° 3452-2006, 10 de mayo de 2007.
Tribunal Constitucional de España, rol N° 236-2007, de 7 de noviembre de 2007.
Corte Suprema de Chile, rol N° 1528-2006, 24 de enero de 2008.
Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 740-2008, 18 de abril de 2008.
Corte Suprema de Chile, rol N° 6053-2007, 29 de abril de 2008.
Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 3620-2004, 27 de marzo de 2008.
Corte Suprema de Chile, rol N° 2054-2008, 18 de junio de 2008.
Corte Suprema de Chile, rol N° 6308-2007, 8 de septiembre de 2008.
Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184.
Corte Suprema de Chile, rol N° 5179-2008, 18 de noviembre de 2008.
Corte Suprema de Chile, rol N° 5132-2008, 27 de enero de 2009.
Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 1191-2009, 19 de mayo de 2009.
Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 1288-2009, 9 de agosto de 2009.
Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209.
Corte Suprema de Chile, rol N° 7351-2009, 5 de enero de 2010.
Corte Suprema de Chile, rol N° 2787-2010, 29 de mayo de 2010.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 728-2010, 14 de mayo de 2010.
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 193-2010, 14 de junio de 2010.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2444-2009, 15 de junio de 2010.
Corte Suprema de Chile, rol N° 4001-2010, 24 de agosto de 2010.
Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 1484-2010, 5 de octubre de 2010.
Corte de Apelaciones de Talca, rol N° 986-07, 3 de noviembre de 2010.
Corte de Apelaciones de la Serena, rol N° 262-2010, 27 de noviembre de 2010.
Tribunal Constitucional de España, rol N° 38-2011, 28 de marzo de 2011.

Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, Expedientes Varios 912/2010, 14 de julio de 2011.

Corte Suprema de Chile, rol N° 5411-2010, 11 de agosto de 2011.

Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 1881-2011, 3 de noviembre de 2011.

Tribunal Constitucional de Chile, roles N°s. 2387-2012 y 2388-2012 acumulados.

Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 1340-2009, 4 de septiembre de 2012.

Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 2035-2009, 4 de septiembre de 2012.

Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, Amparo directo en revisión N° 457-2013, de 5 de diciembre de 2012.

Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 378-2013, 11 de marzo de 2013.

Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 2273-2012, 4 de julio de 2013.

Corte Suprema de Chile, rol N° 519-2013, 18 de julio de 2013.

Corte Suprema de Chile, rol N° 3841-2012, 4 de septiembre de 2013.

Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, Amparo en revisión N° 159/2013, de 16 de octubre de 2013.

Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 1537-2013, 18 de noviembre de 2013.

Corte Suprema de Chile, rol N° 9031-2013, 19 de noviembre de 2013.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N° 1526-2013, 10 de diciembre de 2013.

Corte Suprema de Chile, rol N° 559-2015, 8 de enero de 2014.

Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 2493-2013, 6 de marzo de 2014.

Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 26-2014, 21 de marzo de 2014.

Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, Amparo directo en revisión N° 152-2013, de 23 de abril de 2014.

Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 253-2014, 24 de abril de 2014.

Corte Suprema de Chile, rol N° 4921-2014, 9 de junio de 2014.

Corte Suprema de Chile, rol N° 5831-2013, 10 de junio de 2014.

Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 513-2014, 26 de agosto de 2014.

Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 36243-2014, 7 de octubre de 2014.

Corte Suprema de Chile, rol N° 21499-2014, 8 de octubre de 2014.

Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 888-2014, 21 de octubre de 2014.

Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 66458-2014, 18 de noviembre de 2014.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol N° 507-2014, 20 de enero de 2015.

Corte Suprema de Chile, rol N° 29359-2014, 29 de enero de 2015.

Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 86-2015, 20 de febrero de 2015.

Corte Suprema de Chile, rol N° 22356-2014, 20 de marzo de 2015.

Corte Suprema de Chile, rol N° 3841-2012, 19 de junio de 2015.

Corte Suprema de Chile, rol N° 1579-2015, 8 de julio de 2015.

Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 334-2015, 9 de julio de 2015.

Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 894-2015, 25 de agosto de 2015.

Corte de Apelaciones de Talca, rol N° 12-2016, 12 de enero de 2016.

Corte de Apelaciones de Valdivia, rol N° 16-2016, 10 de febrero de 2016.

Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 968-2016, 27 de septiembre de 2016.

Corte Suprema de Chile, rol N° 27543-2016, 3 de octubre de 2016.

Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 2874-2016, 15 de noviembre de 2016.

Notas

- 1 Con la excepción de las posiciones planteadas por Ximena Fuentes, Pablo Contreras y Miriam Henríquez en Quezada y Chia (2015).
- 2 En efecto, una cuestión es referirnos a la producción de fuentes del derecho y su posible ordenación jerárquica y otra es la cuestión de la articulación de los contenidos de las normas aplicables en materia de derechos humanos, véase: Caballero (2013), pp. 132-133. Asimismo, otra materia en la que se deben tomar decisiones constitucionales en esta materia es en torno a la ejecución de las sentencias condenatorias de los tribunales internacionales en el ámbito interno.
- 3 En particular, sobre este tema se ha seguido el esquema de análisis que se había propuesto anteriormente en: Nash y Núñez (2017), pp. 17-19.
- 4 Risso (2012), p. 306.
- 5 Landa (2012), pp. 309-313.
- 6 En el ámbito nacional, véase por ejemplo, Benadava (1992), pp. 9-59.
- 7 Por ello, serían los Estados como los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos, véase: Cançado (2001), p. 273.
- 8 Por ejemplo, en el ámbito interamericano este requisito se encuentra contemplado en el artículo 46.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).
- 9 Nash (2013), p. 55.
- 10 Cançado (2001), pp. 273-276.
- 11 Nash (2013), p. 55.
- 12 Nash (2013), p. 55.
- 13 Caballero (2009). Häberle se refiere a este fenómeno en los siguientes términos: “El Derecho constitucional, por tanto, no empieza allí donde acaba el internacional, sino que lo que sucede es justamente lo contrario, es decir, que el Derecho internacional no empieza allí donde empieza el Derecho constitucional, de modo que las mutuas limitaciones que se producen respecto de ambos tipos de Derecho son tan intensas que sólo pueden producir su ‘complementariedad’ respecto del modelo de Estado cooperativo que representan; de ahí que podamos afirmar que surge una especie de ‘Derecho común de cooperación’”, véase: Häberle (2017), p. 263.
- 14 Este término ha sido especialmente desarrollado en el ámbito latinoamericano por Ferrer Mac-Gregor (2012).
- 15 El contexto descrito puede ser también caracterizado como una manifestación del avance hacia un “Estado Constitucional cooperativo” al que alude Peter Häberle, cuando destaca que éste es aquel “cuya identidad se perfila a través del Derecho Internacional, de las múltiples relaciones entabladas a nivel suprarregional e internacional, en colaboración que presta a nivel internacional”, véase: Häberle (2017), p. 261.
- 16 Ayala (2013), p. 26.
- 17 Sobre el diálogo jurisprudencial entre tribunales internacionales, véase: Ansuátegui (2016) y, desde una perspectiva crítica, Groppi y Leccis (2014), pp. 85-120.
- 18 García Sayán (2005), p. 325.
- 19 Sobre el diálogo jurisprudencial en derechos humanos, en general, consúltense las obras de: Ferrer Mac-Gregor (2012); Ayala (2013), y Martín *et al.* (2013).
- 20 Es decir, el sistema de normas sobre producción de normas que incluye la regulación del procedimiento para la formulación y sanción de las leyes y demás disposiciones Dulitzky (1996), pp. 129-135.

- 21 En el modelo clásico de análisis de los modelos de apertura de Dulitzky (1996), se distinguen además cláusulas reconocedoras de derechos implícitos o no enumerados y cláusulas declarativas con directrices de Política exterior (como la Constitución de Brasil). Sin embargo, tras las continuas reformas en la última década, es posible sostener que este tipo de cláusulas son excepcionales.
- 22 Existen cláusulas que otorgan rango supraconstitucional, constitucional, supralegal y legal a los tratados sobre derechos humanos. Acerca de estas diversas modalidades, véase Henderson (2005), pp. 71-99.
- 23 Acosta (2016), p. 21. Además del caso español y mexicano que estudiaré en el apartado siguiente, ocupan también esta fórmula constitucional las constituciones de Portugal (1976), Perú (1993) y Colombia (1991).
- 24 Como veremos más adelante que ocurrió en los casos de Chile y México.
- 25 La idea de los derechos humanos consagrados a nivel internacional como pisos mínimos de protección se encuentra presente en las normas de interpretación de los tratados internacionales, véase por ejemplo el artículo 29 de la CADH que consagra en sus letras a) y b) la obligación de no limitar los derechos en mayor medida de lo que se encuentra en el tratado, ni tampoco en mayor medida de lo que pueda establecer la legislación nacional.
- 26 Caballero (2011), p. 105.
- 27 Sobre esta crisis, véase: Acosta (2016), pp. 17-25.
- 28 “La idea de supremacía constitucional sigue vigente pero adquiere nuevas dimensiones. La Constitución no es sólo el ordenamiento que determina las formas de producción normativa, sino también la aplicación de otros ordenamientos distintos del interno, es un centro de convergencia en unidad, más que un vértice del cual todo deriva y marca el punto de partida de la ley [...] el principio de supremacía constitucional es un principio que permite ordenar las competencias; la producción normativa, o la aplicación de órdenes normativos complejos y plurales” Caballero (2013), p. 134. Sobre la idea de la supremacía constitucional como convergencia en unidad, véase Zagrebelsky (2013), pp. 13-15.
- 29 Véase la propuesta de Von Bogdandy (2010), pp. 559-570.
- 30 Véase, por ejemplo, Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 309-00, de 4 de agosto de 2000.
- 31 Así lo sostienen García Barzelato (2006) y Nogueira (2007).
- 32 Véase el tratamiento de este tema en las obras de: Fernández (1989); Nogueira (1996); Pfeffer (2003); Aldunate (2010), entre otros.
- 33 Véase, por todos, la posición sostenida en Benadava (1992).
- 34 Un estudio de la evolución jurisprudencial en este tema en Henríquez (2008).
- 35 Véase, por ejemplo: Corte Suprema, rol N° 517-2004, de 17 de noviembre de 2004; Corte Suprema, rol N° 559-2004, de 13 de diciembre de 2006; Corte Suprema, rol N° 3125-2004, de 13 de marzo de 2007; Corte Suprema, rol N° 2054-2008, 18 de junio de 2008; Corte Suprema, rol N° 3452-2006, de 10 de mayo de 2007; Corte Suprema, rol N° 1528-2006, 24 de enero de 2008, y Corte Suprema, rol N° 3841-2012, de 4 de septiembre de 2013.
- 36 En este sentido ver la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con motivo de la aprobación del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional, rol N° 346-2002, de 8 de marzo de 2002. Esto se reafirma en la sentencia rol N° 1288-2009, de 9 de agosto de 2009, donde el Tribunal Constitucional somete a los tratados internacionales a un control represivo de constitucionalidad y en la sentencia sobre constitucionalidad de la Ley de Pesca, roles N°s. 2387 y 2388 acumulados.
- 37 Esto será desarrollado con mayor profundidad en el punto 5.2 de este estudio.
- 38 Así ocurrió, por ejemplo, con las obligaciones internacionales derivadas de la aplicación del Convenio 169 de la OIT y los derechos de los pueblos indígenas en la sentencia roles N°s. 2387 y 2388 acumulados del Tribunal Constitucional. Sobre esta sentencia, véase el estudio de Galdámez (2013).
- 39 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano* (2006) y *Caso Última Tentación de Cristo* (2001).

- 40 Asimismo, podemos destacar que existen similitudes en el modelo español en lo referido al modelo de control constitucional, compartiéndose además el sometimiento a un sistema regional de control en materia de derechos humanos.
- 41 Ferrer Mac-Gregor (2009), p. 22.
- 42 Caballero (2011), p. 109.
- 43 Queralt (2008), p. 199.
- 44 Saiz (1999), pp. 225-266; Queralt (2008), pp. 197-201, y Caballero (2013), p. 10.
- 45 Cuenca (2012), p. 7.
- 46 Tribunal Constitucional español, rol N° 236-2007, de 7 de noviembre de 2007.
- 47 Sobre estas discusiones puede consultarse De Carreras (2000), pp. 321-342.
- 48 Pérez-Tremps (2016), pp. 171-186.
- 49 Queralt (2008), p. 197.
- 50 Cuenca (2012), p. 3.
- 51 Aunque si ha reconocido que son un parámetro interpretativo de valor privilegiado, véase: Tribunal Constitucional de España, rol N° 64-1991, de 22 de marzo de 1991; Tribunal Constitucional de España, rol N° 372-1993 de 13 de diciembre de 1993; Tribunal Constitucional de España, rol N° 41-2002 de 25 de febrero de 2002 y Tribunal Constitucional de España, rol N° 38-2011 de 28 de marzo de 2011. Esta tesis ha sido discutida, sin embargo, por un sector de la doctrina al señalar que –materialmente– la cláusula sí cumple dicha función, véase: Cuenca (2012) y Saiz (1999), pp. 266-267.
- 52 Pérez-Tremps (2016), pp. 176-179.
- 53 Rey (1989), p. 3617.
- 54 Así lo sostiene Cuenca (2012), p. 9, dando como ejemplo el derecho a la segunda instancia en materia penal, que si bien no está materialmente reconocido en la Constitución española, se integra al contenido del artículo 24 mediante la interpretación conforme al Pacto de Derechos Civiles y Políticos (STC 42/1982). En el mismo sentido, Saiz señala “Si nos situamos en el terreno de la interpretación internacionalmente adecuada que impone el artículo 10.2 CE es posible establecer que ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni los tratados en él genéricamente aludidos pueden por sí solos ser fuente de derechos fundamentales, aunque pueden (*rectius*, deben) servir para concretar el contenido de los presentes en la Constitución, en conexión con los cuales se manifestarán, en su caso, nuevos derechos entendidos como expresión de facultades, garantías, posiciones jurídicas no explicitadas constitucionalmente, pero que se hacen derivar de su relación con un derecho fundamental”, Saiz (1999), p. 82.
- 55 Cuenca (2012), p. 7.
- 56 Un estudio de los diferentes instrumentos utilizados para el ejercicio de interpretación conforme, en: Saiz (1999), pp. 87-203.
- 57 Véase especialmente el estudio de Queralt (2008).
- 58 Santolaya (2013), p. 453.
- 59 Reforma constitucional en derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011.
- 60 Lo que quedó asentado en la tesis LXXVII/1999.
- 61 Caballero (2013), p. 2, destaca: Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman* (2008); *Caso Radilla Pacheco* (2009); *Caso Fernández Ortega y otros* (2010); *Caso Rosendo Cantú y otra* (2010), y *Caso Cabrera García y Montiel Flores* (2010).
- 62 Carbonell y Salazar (2011), p. ix.
- 63 Caballero (2013), pp. 2-3.
- 64 Carmona (2011), p. 45.
- 65 Caballero (2011), p. 109.
- 66 Caballero (2013), p. 33.

- 67 Así lo sostiene Caballero (2011), haciendo referencia al concepto desarrollado por el Tribunal Constitucional español en la sentencia 36/1999, 22 de marzo de 1999.
- 68 Pinto (1997), p. 163.
- 69 Castilla (2014), p. 48.
- 70 Castilla (2009), p. 71.
- 71 Las discusiones sobre el expediente 912/2010 tuvieron lugar el 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011. Para más detalles ver Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Caso Radilla Pacheco*, en: Crónicas del Pleno y las Salas (sinopsis de asuntos destacados del Tribunal en Pleno).
- 72 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México* (2009).
- 73 Un análisis detallado de esta sentencia desde la perspectiva de la influencia de la reforma constitucional, en Caballero (2013), pp. 165 y ss.
- 74 Caballero (2013), pp. 161 y ss.
- 75 Véase, entre otras sentencias en la materia, SCJN. Amparos directo en revisión N° 457-2013, de 5 de diciembre de 2012 y N° 152-2013, de 23 de abril de 2014.
- 76 Véase, por ejemplo, SCJN. Amparo en revisión N° 159/2013, de 16 de octubre de 2013.
- 77 Pérez-Tremps (2016), p. 173.
- 78 Pérez-Tremps (2016), pp. 175-179.
- 79 Saiz (1999), p. 144.
- 80 Caballero (2013), pp. 173-179.
- 81 En cuanto a la jurisprudencia del TEDH, la doctrina ha destacado que ésta se incorpora al contenido del derecho si es clara, precisa y reiterada, véase Queralt (2008), pp. 142-154.
- 82 En el caso de la jurisprudencia de la Corte IDH, éste concepto se ha desarrollado principalmente a partir del surgimiento de la doctrina del control de convencionalidad en el ámbito interamericano, sobre la materia, véase el estudio de Ferrer Mac-Gregor (2013).
- 83 Caballero (2009), p. 214.
- 84 “La Sentencia *Melloni* del TJUE expresamente condiciona la aplicación del artículo 53 de la Carta a que no se afecte al nivel de protección previsto por ésta. Pero la Sentencia, en su lectura de dicho precepto, desliza dos condiciones adicionales (y restrictivas de la aplicabilidad del superior estándar nacional de protección) que no aparecen en la literalidad de la norma: el estándar nacional superior es aplicable, conforme a la Sentencia *Melloni*, siempre que ese nivel no afecte al previsto por la Carta según la interpretación que de ella realice el Tribunal, ni tampoco a la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión” Donaire (2016), p. 14. Una perspectiva crítica en el estudio de Torres (2010).
- 85 Torres (2009), pp. 112-130.
- 86 Castilla (2014), p. 48.
- 87 “Tratándose de normas sobre derechos humanos, éstas se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos de los que México sea parte. En su aplicación, bajo el principio de no contradicción con esta Constitución, se observarán aquellas que resulten más favorables a los derechos de las personas” Publicado en Gaceta Parlamentaria, 13 de abril de 2009, año XII, número 2743-XVI.
- 88 Caballero (2013), p. 8.
- 89 Una visión crítica de esta sentencia en cuanto a sus implicancias respecto al principio pro persona en Castilla (2014), pp. 52-55 y Nash (2014), pp. 6-8.
- 90 Este tipo de alternativas puede evitarse, por ejemplo, si antes de la ratificación de un tratado se establece un mecanismo previo de control de constitucionalidad que exigiera analizar su compatibilidad con la Constitución. En caso de no ser compatible, se modifica la Constitución, se plantea una interpretación conforme, o no se ratifica el tratado. Estas

- tres opciones permiten mantener a salvo la responsabilidad internacional del Estado.
- 91 Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile (2001).
- 92 Carpio (2003), p. 464.
- 93 Bastida, *et al.* (2004), p. 69.
- 94 Una propuesta similar plantea Díaz al señalar que la respuesta constitucional debería ser en términos de coordinación y no de jerarquía, utilizando argumentos referidos a la finalidad de la protección nacional e internacional (respeto y garantía de la dignidad humana) “Se sugiere la conveniencia de seguir esta doctrina de la integración normativa, pues existiendo fundamentos normativos coincidentes, como lo es la protección de la dignidad humana, las normas internas e internacionales concurren en forma acumulativa y no excluyente”, Díaz (2012), p. 263. Galdámez, por su parte, indica: “una relación que se construya sobre la base de los tratados ratificados y vigentes como un canon de interpretación e integración de los derechos contenidos en la Constitución; puede ser una solución adecuada al ordenamiento chileno. Esto significa que los derechos deben ser interpretados, completados o definido su contenido y alcance, teniendo a la vista dichos tratados. Es una fórmula adecuada para dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos y por asumir. Esta solución supone que para efectos de interpretar las cláusulas de los tratados, habrá que recurrir a las opiniones de sus órganos e impone a los jueces el deber de completar la interpretación de los derechos, considerando también su desarrollo en el derecho internacional”, Galdámez (2014a), p. 61.
- 95 Castilla (2014), pp. 48-49.
- 96 Estrategia tendiente a neutralizar la interpretación de la norma internacional vinculante, creando una interpretación forzada del derecho nacional o por una relectura de la ley, una relación de adecuación entre el derecho interno y la norma interamericana o europea. Esta es una definición desarrollada por Sudre y analizada por Nogueira (2013), pp. 540-542, a propósito del caso chileno.
- 97 Sobre estas críticas véase el estudio que se desarrolló en Núñez (2017).
- 98 Un tópico común en los debates jurídicos en torno al principio pro persona, lo constituye el argumento de que este principio es “endebles, altamente subjetivo, construido de buenas intenciones y modulado en el sentido de que se prefiera”, véase: Caballero (2013), p. 122.
- 99 Sobre esta distinción véase: Asís (2005), pp. 27-33.
- 100 En este sentido ha sido clara la propia SCJN en México: “Si bien la reforma indicada implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional –principio pro persona o pro homine–, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de llevar a cabo sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional –legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada–, ya que de hacerlo se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función”, véase: Segunda Sala SCJN. Tesis LXXXII/2012 (10 a), noviembre de 2012.
- 101 Moreso (1998), p. 146
- 102 Cuenca (2011), p. 88.
- 103 Cuenca (2011), pp. 88-96.
- 104 Caballero (2013), p. 123.
- 105 Asís (2005), pp. 150-158.

- 106 Castilla (2009), p. 68.
- 107 Convención de Viena de Derecho de los Tratados. Artículo 26 “*Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.
- 108 Ej. artículo 2º CADH: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.
- 109 Cuenca (2012), p. 5.
- 110 En el ámbito internacional, sería aquel que desarrolla la Corte IDH y que consiste en “juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan compatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia –v. gr.– la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma (sic), según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo” Bazán (2011), p. 68.
- 111 Ferrer Mac-Gregor (2012), pp. 91-92.
- 112 Hemos desarrollado previamente un estudio sobre los elementos del control de convencionalidad en: Núñez (2016).
- 113 Véase Corte Suprema, rol Nº 9031-2013, 19 de noviembre de 2013 y Corte Suprema, rol Nº 27543-2016, 3 de octubre de 2016. En el mismo sentido en otros tribunales, véase: Corte de Apelaciones de Talca, rol Nº 12-2016, 12 de enero de 2016; Corte de Apelaciones de Temuco, rol Nº 894-2015, 25 de agosto de 2015, y Corte de Apelaciones de Temuco, rol Nº 968-2016, 27 de septiembre de 2016.
- 114 No es posible obviar esta tradición, pues sino se incurre en el riesgo de realizar un implante jurídico con consecuencias negativas para el ordenamiento nacional. Como señalan los expertos en derecho comparado, “al margen de que la finalidad de la comparación sea implantar en el propio ordenamiento un instrumento extranjero o mejorar el propio –buscando la solución que se adopta en otro país– esta tarea debe compenetrarse en los tejidos jurídicos que se comparan para descubrir si la finalidad de la norma analizada es la misma de la que se quiere cotejar”, Ferrante (2016). Una forma de compenetrarse con el tejido jurídico, es analizar qué ha señalado la jurisprudencia en este ámbito, considerando que cuando realizamos una labor en derecho comparado se debe hacer un examen del ordenamiento en su conjunto.
- 115 Un estudio sobre los avances en la recepción sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile, en: Nash y Núñez (2017a).
- 116 Sobre la recepción del concepto de bloque constitucional de derechos en Chile, véase: Nogueira (2015).
- 117 Sobre la recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia nacional, véase: Núñez (2016); Aguilar (2016a) y Nash (2012), pp. 63-68. Existen sin embargo, voces críticas referentes a la obligación de realizar un control de convencionalidad en el ámbito interno, pero que se relacionan con la existencia de conceptos diversos de este control en relación a cómo ha sido configurado en la jurisprudencia interamericana, véase, por ejemplo: Zúñiga (2012), pp. 387-447 y Henríquez y Núñez, J. I (2016). Como se ha señalado en Núñez (2016), p. 45, la obligación que impone este control no es de inaplicar o expulsar siempre la norma contraria a las obligaciones internacionales del Estado (es decir, no impone un modelo de control difuso de constitucionalidad), sino que implica siempre una obligación de interpretar la normativa interna de manera de cumplir los compromisos internacionales, existiendo expulsión sólo cuando dicha interpretación no sea posible, recayendo dicha competencia en el Tribunal Constitucional.
- 118 Nash (2012), p. 45.

- 119 Un estudio sobre los usos del DIDH en la jurisprudencia chilena en: Nash y Núñez (2017b).
- 120 Así ocurre, por ejemplo, con la concreción de las garantías que componen un procedimiento racional y justo: Véase, Corte Suprema, rol N° 7351-2009, 5 de enero de 2010; Corte Suprema, rol N° 2787-2010, 29 de mayo de 2010; Corte Suprema, rol N° 4001-2010, 24 de agosto de 2010; Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 1537-2013, 18 de noviembre de 2013; Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 26-2014, 21 de marzo de 2014 y Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 253-2014, 24 de abril de 2014.
- 121 Por ejemplo, se ha integrado el derecho al recurso. Véase, Corte Suprema, rol N° 6053-2007, 29 de abril de 2008 y Corte Suprema, rol N° 5179-2008, 18 de noviembre de 2008.
- 122 Por ejemplo, especificando los ámbitos de la imparcialidad objetiva y subjetiva: Corte Suprema, rol N° 29359-2014, 29 de enero de 2015 y Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 378-2013, 11 de marzo de 2013.
- 123 Así ha ocurrido con el derecho a la identidad: Corte Suprema, rol N° 4325-2006, 29 de enero de 2007; Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 3620-2004, 27 de marzo de 2008; Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 193-2010, 14 de junio de 2010; Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2444-2009, 15 de junio de 2010; Corte de Apelaciones de Talca, rol N° 986-07, 3 de noviembre de 2010, y Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 36243-2014, 7 de octubre de 2014.
- 124 Adicionar dentro del derecho a la indemnización por error judicial, la indemnización por errónea prisión preventiva o auto de procesamiento: Corte Suprema, rol N° 5411-2010, 11 de agosto de 2011; Corte Suprema, rol N° 4921-2014, 9 de junio de 2014; Corte Suprema, rol N° 22356-2014, 20 de marzo de 2015, y Corte Suprema, rol N° 1579-2015, 8 de julio de 2015.
- 125 Ejemplo, qué se debe entender como “interés público” a efectos de la limitación de la libertad de expresión: Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 66458-2014, 18 de noviembre de 2014; Corte Suprema, rol N° 21499-2014, 8 de octubre de 2014, y Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 334/2015, 9 de julio de 2015.
- 126 Así ha ocurrido en todos los casos de inaplicación del D.L. de Amnistía y la prescripción penal en casos vinculados a violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos, Núñez (2016), pp. 171-190, pero también en otras materias tales como justicia penal adolescente: Corte Suprema, rol N° 559-2015, 8 de enero de 2014; Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 888-2014, 21 de octubre de 2014; Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 728-2010, 14 de mayo de 2010; Corte de Apelaciones de la Serena, rol N° 262-2010, 27 de noviembre de 2010; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N° 1526-2013, 10 de diciembre de 2013; Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 888-2014, 21 de octubre de 2014; Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 86-2015, 20 de febrero de 2015. También en materias vinculadas con el derecho a la reparación y su imprescriptibilidad: Véase, entre otras: Corte Suprema, rol N° 519-2013, 18 de julio de 2013; Corte Suprema, rol N° 5831-2013, 10 de junio de 2014; rol N° 3841-2012, 19 de junio de 2015; Corte Suprema, rol N° 6308-2007, 8 de septiembre de 2008 y Corte Suprema, rol N° 5132-2008, 27 de enero de 2009.
- 127 En un estudio reciente sobre la aplicación del DIDH en el Tribunal Constitucional chileno se indica “lo más notorio, son los consistentes indicios y evidencias que sólo tres ministros parecen considerar que el derecho internacional convencional de los derechos humanos podría constituir fuente de derecho aplicable por medio del artículo 5.2 de la Constitución. Los otros ministros muestran directa o indirectamente que el valor de una referencia al DIDH es a lo máximo persuasivo. Es sólo un ministro que reconoce el valor de fuente auxiliar (y no solamente persuasivo) a la jurisprudencia de órganos internacionales de los derechos humanos”, Schönsteiner (2016), p. 226. Véase también sobre esta problemática, Galdámez (2014b).

- 128 Así ha ocurrido con el derecho a la identidad, véase por ejemplo: Tribunal Constitucional Chile, rol N° 1340-2009, 4 de septiembre de 2012 y Tribunal Constitucional Chile, rol N° 2035-2009, 4 de septiembre de 2012.
- 129 Tribunal Constitucional Chile, rol N° 2493-2013, 6 de marzo de 2014.
- 130 Tribunal Constitucional Chile, rol N° 2273-2012, 4 de julio de 2013.
- 131 Al respecto véase por ejemplo, la sentencia rol N° 2874-2016, 15 de noviembre de 2016, donde a propósito de la recepción de los estándares de la Corte IDH se indicó: “Todo ello [razonamiento referido a la jurisprudencia de la Corte IDH], además, se armoniza con el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, que admite la recepción interna de los tratados internacionales de derechos humanos, vigentes y ratificados por Chile, aunque sin definir explícitamente la cuestión de su jerarquía, cuestión esta última que ha suscitado ciertas dificultades” (considerando 9).
- 132 Tribunal Constitucional Chile, rol N° 2493-2013, 6 de marzo de 2014.
- 133 Peña (2013), p. 139.
- 134 Peña (2013), p. 139.
- 135 Sobre la recepción de este principio en la jurisprudencia nacional, véase: Aguilar (2016b) y Aguilar y Nogueira (2016). El desarrollo en la jurisprudencia ordinaria es aún incipiente, pero se pueden señalar algunos ejemplos: Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol N° 507-2014, 20 de enero de 2015; Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 26-2014; Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 513-2014, 26 de agosto de 2014 y Corte de Apelaciones de Valdivia, rol N° 16-2016, 10 de febrero de 2016.
- 136 Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 1484-2010, 5 de octubre de 2010, considerando 25. Otras sentencias que se han referido al principio pro persona, véase: Tribunal Constitucional, rol N° 1191-2009, 19 de mayo de 2009, y Tribunal Constitucional, rol N° 740-2008, 18 de abril de 2008.
- 137 En los votos particulares de los Ministros Francisco Fernández, Carlos Carmona, José Antonio Viera -Gallo y Gonzalo García, en la sentencia que decidió el requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 102 del Código Civil (matrimonio), aludió al principio pro persona fundándolo en el DIDH: “[L]os tratados Internacionales de Derechos Humanos obligan al reconocimiento de un estándar que los Estados no pueden ignorar al adoptar regulaciones sobre la materia. En tal sentido, ha de tenerse presente que los derechos reconocidos en tales instrumentos deben interpretarse conforme al principio pro homine y pro libertatis y, en ningún caso, en forma que signifique una limitación a ampliaciones de los mismos derechos que los Estados puedan establecer”. Véase: Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 1881-2011, 3 de noviembre de 2011, considerando 8 de la prevención.
- 138 Caballero (2013), p. 33.
- 139 Bidart (2002), p. 104.
- 140 Cuenca (2012), p. 18.
- 141 Por ejemplo, Fuentes (2007).
- 142 Contesse (2013), p. 15.
- 143 Salazar (2014), p. 62.
- 144 Sobre este dilema en relación al derecho internacional de los derechos humanos, véase: Gargarella (2015), pp. 303-308.